RTD Civ. 2007 p. 72

Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges
(Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, arrêt n° 547, D. 2007. 835, note P. Morvan ; cette Revue, *infra* p. 168, obs. P. Théry ; BICC 656, 1er mars 2007, p. 26, communiqué, rapp. A. Lacabarats et avis A. Legoux - CE 10 mars 2006, *Leroy Merlin,* RFDA 2006. 550, concl. Y. Struillou ; C. Landais et F. Lenica, AJDA 2006. 796 ; Construction Urbanisme, avr. 2006. comm. 101, note M.-A. Renaux ; F. Melleray, LPA, 27 nov. 2006, n° 236 ; D. 2006. 1237, note H. Gelas - CE sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna SA*, D. 2007. 621, note P. Cassia ; C. Landais et F. Lenica, AJDA 2006. 2385 ; Procédures, déc. 2006. comm. 281, S. Deygas ; JCP 2006. I. 201, B. Plessix ; II. 10208, note S. Damarey ; D. 2007. 621, note P. Cassia ; JCP A 2007. 2001, comm. F. Melleray)

Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

*
**

« Office du juge : ensemble des pouvoirs nécessaires au juge pour accomplir sa mission juridictionnelle. « A eu tendance à croître au début du XXIe siècle » » (C. Landais et F. Lenica, AJDA 2004. 1183). Libre à chacun de voir dans cette tendance un mouvement illégal, inconstitutionnel, illégitime, abusif ou autre refus de reconnaissance, il n'en restera pas moins que la jurisprudence est désormais admise dans la très sélective catégorie des sources de droit, du moins pour les principaux intéressés que sont nos juges (sur la question, qui semble inépuisable, V. en dernier lieu la publication quasi-simultanée de La création du droit jurisprudentiel, Mél. J. Boré, Dalloz, 2007 et La création du droit par le juge, Archives phil. dr. t. 50, 2007). Cette consécration - ou cet aveu d'un statut déjà acquis de longue date - s'est faite par le biais du pouvoir de moduler les effets de son activité dans le temps, pouvoir indivisible de la reconnaissance préalable que cette activité est bien créatrice d'un effet normatif. L'année 2004 avait marqué la fin de la résignation aux méfaits inéluctables de la rétroactivité de l'activité juridictionnelle : il n'aura échappé à personne que, dans la même année, le Conseil d'Etat acceptait la modulation des effets dans le temps d'une annulation (CE 11 mai 2004, *AC !,* GAJA, n° 118 ; Dr. adm. 2004. étude 15, O. Dubos et F. Melleray ; C. Landais et F. Lenica, préc. ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges et 454, concl. Ch. Devys) et la Cour de cassation opérait un revirement pour l'avenir (Civ. 2e, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 387 ; rapp. p. 374 ; RTD civ. 2005. 176, obs. Ph. Théry ; P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D. 2005. 247 ; JCP 2005. I. 143, obs. B. Beignier et B. de Lamy), faisant preuve d'une audace rapidement confortée par le rapport remis à son Premier président par le groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis sur Les revirements de jurisprudence (Litec, 2005 ; parmi les nombreuses réactions, V. RTD civ. 2005. 83 ; S. Amrani Mekki, C. Atias, J.-L. Aubert, X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, M.-A. Frison-Roche, Ph. Malinvaud, F. Melleray, J. Moneger, Y.-M. Sérinet, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, RTD civ. 2005. 293 ; V. Heuzé, A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, Une réaction entre indignation et incrédulité, JCP 2005. I. 130 ; C. Radé, De la rétroactivité du revirement de jurisprudence, D. 2005. 988 ; Th. Revet, La législprudence, Mél. Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377 ; pour la présentation des propositions du rapport et des différentes réactions doctrinales, V. rapp. du conseiller-rapporteur Lacabarats). L'année 2006 marquera la volonté affirmée par les juges de franchement assumer leur nouveau pouvoir et, à travers lui, une nouvelle conception de leur office : le Conseil d'Etat fit preuve de hardiesse pour la modulation des effets de sa décision dans le temps, de prudence pour la modulation des effets de sa jurisprudence dans le temps, pendant que la Cour de cassation faisait montre de ténacité en consacrant le revirement pour l'avenir en Assemblée plénière.

Le Conseil d'Etat marque un peu plus sa maîtrise des effets dans le temps de sa décision, dans une figure inédite et symboliquement très chargée. Un décret du 1er août 2003, imposant à compter du 6 novembre 2003 de nouvelles normes d'étiquetage pour l'alimentation animale, conformes aux exigences communautaires, fit l'objet d'un recours en annulation. En principe, un acte réglementaire contesté doit être exécuté dans l'attente de la décision. Or, ici, cette exécution avait été suspendue par le juge des référés du Conseil d'Etat le 29 octobre 2003. Finalement, le 26 octobre 2006, par son arrêt *Techna SA,* le Conseil d'Etat rejetait la demande d'annulation. Ce rejet emportant fin de la suspension, le décret redevenait exécutoire au jour de l'arrêt. Pour éviter cette application brutale, le Conseil d'Etat a accepté de reporter l'entrée en vigueur de sa décision au 1er février 2007 et, pour faire bonne mesure, ordonné la publication de ces nouvelles dispositions transitoires d'origine judiciaire au très officiel journal du même nom (JO 19 nov. 2006, p. 17398), aux motifs que lorsque le rejet « est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique, notamment dans le cas où, comme en l'espèce, la suspension a été prononcée avant tout début d'exécution d'un acte prévoyant une période transitoire dont le terme est depuis lors écoulé, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier, en prenant en compte tant les difficultés susmentionnées que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, s'il y a lieu de décider que sa décision de rejet, en tant qu'elle met fin à la suspension précédemment prononcée, ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au Journal officiel de la République française ».

Cette nouvelle maîtrise des effets dans le temps de ses décisions n'est pas une forme de revirement pour l'avenir : la note ayant suscité l'arrêt *AC !* était sans ambiguïté sur cette distinction (J.-H. Stahl et A. Courrèges, RFDA 2004. 438) et le Conseil d'Etat s'est empressé de rappeler la rétroactivité de principe de sa jurisprudence, une partie ne pouvant « se prévaloir d'un « principe de sécurité juridique » énoncé à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour soutenir que la légalité du retrait de permis n'aurait dû être appréciée qu'au regard de la jurisprudence établie à la date où il a été prononcé » (14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare,* Dr. adm. nov. 2004. comm. 166, note R. Noguellou). Cependant, la juridiction ne devait rester insensible ni aux réactions favorables à son nouveau pouvoir modulateur, ni aux nombreuses suggestions de son extension aux revirements (Dr. adm. 2004. étude 15, O. Dubos et F. Melleray ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica), ni aux débats en cours devant la Cour de cassation, et il s'en fallut de peu qu'elle ne franchisse le cap. Devant répondre aux inquiétudes suscitées par l'application d'une nouvelle jurisprudence en matière de recours administratif préalable, le Conseil d'Etat, par son arrêt *Leroy Merlin* du 10 mars 2006, choisit de revenir sur sa position pour limiter son champ d'application matériel (préc.). *A priori,* donc, il était plus question ici de stabilité des revirements de jurisprudence que de leur rétroactivité. Cependant, le commissaire du gouvernement Yves Struillou défendait dans ses conclusions le maintien de la jurisprudence dans toute sa généralité et, pour éviter l'irrecevabilité choquante des actions portées antérieurement par les tiers devant les juridictions administratives, de différer ses effets dans le temps. Les commentaires ont été nombreux à se faire écho de cet arrêt et tous font état de la proposition des conclusions, quand ils ne portent pas essentiellement sur cette proposition pour, souvent, regretter que le pas n'ait pas été franchi.

Pendant que la doctrine administrativiste applaudissait les avancées du pouvoir modulateur de son juge et regrettait qu'il n'ait pas été étendu au revirement de jurisprudence, la doctrine civiliste conjurait la Cour de cassation de suivre le chemin inverse (et pendant ce temps, la Chancellerie se consacre à « un examen approfondi de la question »... rép. min. n°

15097, Procédures, juin 2005. alerte 50). Ces publications étaient doublées de positions des différentes chambres de la Cour de cassation, et des différentes compositions de chaque chambre, aussi diverses que maintenues dans la discrétion de leur non-diffusion : certaines ont réitéré la position adoptée par la chambre sociale le 17 décembre 2004 (Soc. 28 juin 2005, n° 03-45.342 ; Soc. 27 sept. 2005, n° 03-45.753), d'autres maintenu l'incorporation de la jurisprudence dans le texte interprété pour justifier sa rétroactivité (Soc. 20 avr. 2005, n° 03-41.315), éventuellement en reprenant la motivation de l'arrêt du 9 octobre 2001 (Soc. 23 févr. 2005, n° 02-42.615), au besoin en ne répondant pas au moyen invoquant la rétroactivité dangereuse d'une jurisprudence nouvelle (Civ. 2e, 9 févr. 2006, n° 05-14.469). Toutes les options, judiciaires et doctrinales, ayant été tenues, le temps semblait venu de prendre une position de principe. C'est désormais chose faite, l'Assemblée plénière ayant consacré la figure du revirement pour l'avenir.

La question était en l'espèce identique à celle qui avait donné l'occasion à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation d'inaugurer le premier revirement pour l'avenir par son arrêt du 8 juillet 2004 (préc.) : l'action en réparation d'une atteinte à la présomption d'innocence est-elle soumise aux conditions de prescription de droit commun ou à la courte prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ? A question identique, l'Assemblée plénière devait faire le choix d'une réponse (quasiment) identique : après avoir confirmé, en formulant plus clairement, l'application de la courte prescription imposant au demandeur la réitération de son intention de poursuivre l'instance tous les trois mois, elle se prononce contre l'application de cette interprétation à l'espèce aux motifs que « si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Deux remarques assez formelles peuvent être rapidement faites sur cette motivation. La première est qu'il faudrait se débarrasser du piège terminologique de « l'application immédiate dans l'instance en cours », qui perturbe les juristes nourris à la pensée de Roubier, pour lesquels l'application est soit immédiate, soit rétroactive - il faut choisir. Or, l'« application immédiate » à un procès en cours est une application rétroactive : l'instance est certes en cours mais la situation à laquelle va être appliquée la règle nouvelle (les faits) est bien passée (sur d'autres chausse-trappes, lorsque les contrats sont en cours, V. R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2005. 83 ; RTD civ. 2006. 527 ; F. Moderne, Sécurité juridique et sécurité financière, RFDA 2006. 483 , spéc. 491 s.). La seconde est qu'il est révélateur que tant d'énergie déployée par la doctrine, de propositions de modalités, de critères, de limites, durant deux années d'intense activité, aient abouti ni plus ni moins qu'à la reprise quasi-littérale de la motivation du 8 juillet 2004. Il est possible d'imaginer que l'Assemblée plénière ait surtout voulu ne pas perturber une matière déjà délicate, en ne revenant pas sur le choix de modulation fait dans l'arrêt opérant le revirement en 2004. Cependant, cette prudence n'est acceptable que si l'Assemblée plénière adhère en tous points au choix fait par l'une de ses chambres en 2004, sauf à abdiquer sa fonction unificatrice.

Maîtrise dans le temps des effets de la décision de justice, maîtrise dans le temps des effets de la règle jurisprudentielle, juge substitut du pouvoir réglementaire, juge concurrent du législateur ou juge source spécifique et incomparable de droit ? Il faut se garder d'estimer que toutes ces tergiversations ne sont qu'affaire de doctrine en mal de débat : si tant d'efforts sont déployés par les auteurs pour tenter de cerner l'origine du pouvoir créateur du juge, c'est parce que celle-ci dictera très concrètement les modalités de sa mise en oeuvre.

Fondement du pouvoir modulateur des juges

Fondement du pouvoir modulateur des effets de l'annulation : simple pouvoir judiciaire

La modulation des effets dans le temps d'une annulation est moins sensible que la question du revirement pour l'avenir car en ce cas le juge s'intéresse aux conséquences de sa décision (et personne ne conteste qu'il est compétent pour rendre des décisions) et non aux conséquences de la règle qu'il pose (et beaucoup contestent qu'il soit compétent pour poser une règle). La modulation ouverte par l'arrêt *AC !* a été appliquée à diverses reprises, le Conseil d'Etat affinant sans cesse ses critères de mise en oeuvre (not., CE 25 févr. 2005, *France Telecom,* Lebon, 86 ; RFDA 2005. 802, concl. Prada-Bordenave ; AJDA 2005. 997, chron. Landais et Lenica ; JCP A, 2005. 1263, note E. Breen ; JCP A 2005. 1162, note E. Saulnier-Cassia ; RD publ. 2005. 1643, P. Idoux ; pour le caractère non exceptionnel de l'usage de ce pouvoir exceptionnel, V. J.-H. Stahl, An I ap. *AC !* : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !*, RJEP 2005. 355). En droit privé, le raisonnement pourrait trouver à s'appliquer pour une situation semblable, celle de l'annulation d'un accord collectif : seule semble manquer l'occasion. La chambre sociale, par deux arrêts du 9 novembre 2005 (Bull. civ. V, n° 320), a maintenu la rétroactivité de l'annulation d'un accord collectif mais la note accompagnant l'arrêt au BICC, après avoir fait référence à la doctrine favorable à la non-rétroactivité en ce cas et à l'arrêt *AC !,* précise qu'« en l'espèce l'annulation avait été prononcée par l'arrêt du 9 février 2000 qui n'avait pas décidé de différer le point de départ de la nullité » (BICC n° 634, 15 févr. 2006 ; V. également la position favorable à une telle modulation de P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit, Dr. soc. 2006. 123). Cette première forme de modulation s'installe donc et produit des variantes surprenantes, lorsqu'elle est étendue au rejet d'une demande d'annulation.

Fondement du pouvoir de modulation des effets du rejet de l'annulation : glissement en pouvoir réglementaire

Dans l'arrêt *Techna,* faute d'annulation, aucune rétroactivité ne découlait de l'activité juridictionnelle ; en revanche, l'application immédiate de la décision était en jeu. Reporter celle-ci revient pour le juge à insérer de nouvelles dispositions transitoires dans le règlement et donc à se substituer au pouvoir réglementaire dans le contentieux de l'annulation (V. F. Melleray, comm. préc.). Traditionnellement interdite au juge administratif, cette substitution pourrait tenter d'être plus ou moins dissimulée derrière divers artifices. Il serait notamment possible de soutenir que le juge n'a pas créé mais ressuscité des dispositions transitoires réglementaires, privées d'effet par le jeu particulier d'un contentieux en annulation, afin de leur rendre leur « meilleur effet utile » (déjà, pour une substitution pour donner le « meilleur effet utile » à une disposition mal codifiée dans le code rural, également publié au JOCE 25 mars 2002, JORF 6 juin 2002, 10119). Si l'effet utile est encore peu pratiqué dans notre système, il reste possible d'en invoquer au très tendance principe de sécurité juridique, au soutien d'une solution qui ne cache pas sa double filiation : « *KPMG* qui l'impose, *AC* qui le permet » (F. Séners, concl. sur l'arrêt *Techna SA* ; sur *KPMG*, V. R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2006. 527 ; AJDA 2006. 1028, chron. Landais et Lenica ; D. 2006. 1224, chron. P. Cassia et point de vue R. Dammann ; Rev. sociétés 2006. 583, note P. Merle ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila et 483, note F. Moderne). Cependant, loin de tenter de dissimuler l'ampleur de la prise de pouvoir réalisée, le commissaire du gouvernement François Séners assume pleinement cette substitution et la justifie longuement : le déclin de la nécessaire séparation entre juge administratif et administration, les voeux d'Hauriou ou de Jèze, l'absence de formalisation de cette interdiction dans une norme positive, l'existence d'un pouvoir de substitution dans certains contentieux comme celui des établissements dangereux et dans certaines évolutions du contentieux de l'annulation, le pouvoir d'injonction du juge administratif sont autant d'arguments avancés à l'appui d'un pouvoir de substitution à portée du juge administratif. Assumant jusque dans ses ultimes conséquences cet exercice judiciaire du pouvoir réglementaire, l'arrêt sera publié au Journal officiel. La transgression ainsi assumée et facilement acceptée doit beaucoup à la nature demeurée floue des liens entre l'Administration et le Conseil d'Etat. « Dans une conception toute contentieuse, on a cru que l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » justifiait le principe de séparation entre juges judiciaire et administratif. Il fallait peut-être, tout simplement, le prendre à la lettre » (B. Plessix, note préc.). Devrait-on bientôt également estimer qu'« interpréter la loi, c'est encore légiférer » ?

Fondement du pouvoir modulateur et processus de création jurisprudentielle du droit

La modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence a donné lieu à un débat houleux, aboutissant à autant de conclusions qu'il existe de conceptions du pouvoir créateur de la Cour de cassation. L'article 5 du code civil a, à cet égard, souvent été placé en clé de voûte de l'absence de pouvoir jurisprudentiel. Si la référence était déjà suspectée d'être très historique et d'avoir été dépassée par des normes hiérarchiquement supérieures, l'un des principaux enseignements de cet épisode sera peut-être qu'au surplus l'article 5 du code civil n'est pas doté dans notre système d'une acception monosémique, ce qui devrait en soi faire douter de la pertinence de l'appel à cette disposition comme fin et commencement de la jurisprudence comme source de droit. Tant l'interdiction « de disposer par voie de disposition générale et réglementaire » que la figure honnie de l'arrêt de règlement sont souvent interprétées comme interdisant au juge de poser une interprétation obligatoire pour l'avenir. Pourtant, le caractère « obligatoire », déjà très inadapté pour qualifier la règle de droit, y compris légale (J.-L. Aubert, Introduction au droit, A. Colin, 11e éd., 2006, n° 20), semble résolument inapte à évaluer le pouvoir créateur du juge : parce que l'arrêt modulateur, comme tout arrêt de principe, n'est pas obligatoire - en droit -, il est possible de défendre l'absence de violation de l'article 5 du code civil ; parce que l'arrêt modulateur, comme tout arrêt de principe, va produire un effet obligatoire - en fait -, il heurte frontalement la prohibition fulminée ce même texte. Cet effet « obligatoire sans l'être », propre à une autorité de fait, est précieux et ne doit pas être déploré, à défaut de quoi l'uniformité de la jurisprudence serait vouée aux oubliettes. Le revirement pour l'avenir n'est d'ailleurs guère plus symptomatique d'un effet obligatoire de la règle jurisprudentielle que sa rétroactivité de principe, qui veut qu'au lendemain du revirement, tous les juges vont appliquer consciencieusement la nouvelle position de droit, quand bien même cette soumission entraînerait des conséquences concrètes d'une particulière gravité : on aura connu moins obligatoire et moins général comme effet (V. P.-Y. Gautier, RTD civ. 2005. 159 ; W. Dross, préc.).

La rétroactivité de principe n'est donc pas le corollaire d'une prétendue absence de normativité de la création jurisprudentielle ; elle est le corollaire d'une normativité qui ne doit pas s'avouer et ne peut donc décider d'interrompre le cours naturel de la rétroactivité (V. P. Morvan, préc.). Il importe peu que cet effacement du juge dans la création jurisprudentielle soit ou non contenu dans la formulation poussiéreuse de l'article 5 du code civil : il participe essentiellement d'une théorie générale de la jurisprudence, construite pour justifier la part nécessairement créatrice de l'activité juridictionnelle. L'interprétation est ainsi censée s'incorporer dans le texte, dont elle ne fait que révéler un sens qui y existait déjà de manière latente. Partagée par tous les systèmes, et jusqu'à la pointe extrême du modèle de *common law,* cette théorie de l'incorporation explique que partout le principe est la rétroactivité de la jurisprudence, les exceptions n'étant admises qu'avec la plus grande prudence. C'est aussi dans cette théorie de l'incorporation que gît la principale fiction dont est entourée la jurisprudence, principalement justifiée par le besoin de neutraliser un pouvoir créateur manifeste. Cependant, il reste possible, dans des cas exceptionnels, et pour éviter des conséquences d'une exceptionnelle gravité, de lever la fiction et d'admettre, le temps pour le juge de faire obstacle à la rétroactivité de sa nouvelle interprétation, qu'elle n'était pas toute entière déjà dans le texte mais procède également d'un acte de volonté du juge (V. D. de Béchillon, De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité, *in* Mél. F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 5, spéc. p. 11).

Il semble donc possible de composer avec l'ambiguë absence de force obligatoire de la jurisprudence ou avec la très fictive théorie de l'incorporation pour admettre le pouvoir créateur du juge. Cependant, posséder un pouvoir créateur ne signifie pas avoir un don d'omnipotence : comme tout pouvoir, même de fait, celui-ci doit respecter des limites. Or, le revirement pour l'avenir heurte la source même du pouvoir du juge et ici se crispe le débat. En effet, le juge n'est investi d'un pouvoir, de droit comme de fait, qu'aux fins de porter une réponse au cas ; dans le revirement pour l'avenir, la règle n'est pas formulée en vue la résolution du cas, la meilleure preuve en étant qu'elle ne lui est pas appliquée ; ce faisant, le juge quitte les canaux de production jurisprudentiels (J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15). Evidemment, le juge ne se prononce pas pour autant sans la moindre considération pour les circonstances de la cause : ce sont les circonstances de la cause qui guident la formulation de l'interprétation (en ce qu'elles révèlent le besoin d'interprétation des textes sur la prescription d'une telle action) ; ce sont les circonstances de la cause également qui dictent la non-application de cette interprétation à l'espèce (en faisant apparaître l'extrême gravité de ses conséquences). L'arrêt formule ainsi, pour le cas, une première norme puis, parce que son application concrète va se heurter à une valeur supérieure, une norme sur la norme, une norme transitoire déterminant sa sphère d'application dans le temps.

Mais rien n'y fait : quelles que soient les atténuations que l'on y apporte, le juge qui pose une interprétation qui n'a pas pour raison ultime et directe la solution du cas dépasse les pouvoirs qui lui ont été confiés et, en définitive, tout le monde s'accorde sur cette difficulté. Le désaccord naîtra alors sur la force accordée à cet obstacle théorique, qui sera plus ou moins surmontable selon que l'on craint davantage les pouvoirs du juge ou les méfaits de la rétroactivité (C. Landais et F. Lenica, préc. 2006), que l'on préfère cantonner le pouvoir du juge par l'affirmation de son interdiction ou que l'on pense que « le pouvoir normatif est ... une évidence et que le nier revient à le renforcer et non à le limiter » (F. Melleray, préc. 2006), que l'on apprécie le pouvoir créateur du juge intrinsèquement ou comme un élément du système parmi d'autres. Dans cette dernière perspective, l'absence de pouvoir du juge de se prononcer pour l'avenir n'est plus, pour certains, parmi lesquels la Cour de cassation, une donnée considérée comme absolue et indépassable, mais un élément à mettre en balance avec d'autres exigences et qui peut céder, à titre exceptionnel, face à des impératifs supérieurs, aux premiers rangs desquels la sécurité juridique et le droit d'accès au juge. La dérogation au processus naturel de création du droit ne puise donc pas son fondement dans le pouvoir créateur du juge, qu'elle excède, mais dans le refus du système des conséquences d'une exceptionnelle gravité d'une application rétroactive.

Mode d'emploi du pouvoir modulateur du juge

Pouvoir de modulation et élaboration du mode d'emploi

L'exercice du pouvoir modulateur est d'ores et déjà bien maîtrisé par les juridictions créatrices de droit et, pour prendre le seul ordre interne, par le Conseil d'Etat, qui l'expose dans son nouveau et heureux style pédagogique (F. Blanco, Le Conseil d'Etat, juge pédagogue, RRJ 2003. 1513). Le « mode d'emploi » (V. E. Breen, note préc.) commence par un « bilan-diagnostic », par lequel « le juge décide s'il est en situation de faire usage ou non de ses pouvoirs de modulation - il ne peut s'y résoudre, « à titre exceptionnel », qu'en cas de disproportion manifeste (« conséquences manifestement excessives ») ». S'appuyant sur la volonté de faire prévaloir des valeurs jugées supérieures à l'effet normal de la création par le juge, le juge doit établir cette prévalence, à défaut de quoi l'abus de pouvoir est patent. Ce premier et fondamental constat est suivi d'un « bilan-remède » « qui vise à identifier une solution : il ne s'agit plus alors de s'en tenir à une appréciation du manifeste, mais de doser le plus finement possible les avantages et inconvénients des différentes formes de modulation envisageables » (*ibid.*). La collecte des différents éléments mis en balance par le Conseil d'Etat, préconisés par la doctrine ou révélés par les conclusions, rapports et communiqué donne une idée de la variété des possibles : principe de légalité, stabilité des situations juridiques, prévisibilité du revirement, attente légitime des parties, droit à un recours effectif, droit d'accès au juge, intérêt général, intérêts publics ou privés, impérieux motif d'intérêt général, continuité du service public, respect du droit communautaire, développement de la concurrence sur les marchés des services de télécommunications, incidence pour les finances publiques, droits de la personne humaine, protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droit des la personnalité. Les critères ainsi identifiés pour le pouvoir modulateur rejoignent, de manière très cohérente bien que partiellement coïncidente, les critères utilisés par les différents juges pour caractériser l'impérieux motif d'intérêt général autorisant le législateur à déjouer le temps (V. RTD civ. 2004. 598).

La méthode est affichée dans l'arrêt *Techna SA*. Reprise par le commissaire du gouvernement Yves Struillou pour la modulation des revirements, elle est également préconisée par le Rapport Molfessis. Elle est évidemment naturellement destinée à être utilisée par la Cour de cassation, puisqu'elle ne tient pas tant au juge qui l'utilise mais au pouvoir qui est exercé. Elle trouve d'ailleurs écho dans l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller-rapporteur ayant préparé l'arrêt du 21 décembre 2006. Elle est révélée par le communiqué accompagnant ce même arrêt, qui fait état d'une balance avantages/inconvénients. Seul manque à l'appel l'arrêt rendu en Assemblée plénière.

La Cour de cassation et le mode d'emploi caché

La Cour de cassation s'en tient à sa motivation traditionnelle sous forme de pur raisonnement déductif. Ce mode d'expression n'est pourtant justifié que par la spécificité de la fonction de cassation et l'absence de pouvoir de création de la Cour de cassation : qui ne voit que, dans l'exercice du pouvoir modulateur, l'alibi ne tient plus ? Il est impossible de présenter comme une interprétation syllogistique l'exercice d'un pouvoir qui est justement un dépassement de la seule activité d'interprétation et doit justifier des circonstances exceptionnelles l'autorisant à outrepasser ces pouvoirs naturels.

Telle que présentée par la Cour de cassation, la solution adoptée, toute de vérité révélée, ne peut pas supporter d'être mise en balance avec une éventuelle autre vérité : ne figure donc qu'un plateau de la balance, et le seul poids déterminant du plateau. Celui-ci est ancré dans un texte, de valeur supérieure, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (sur sa fonction légitimante, V. Ph. Malinvaud, préc. p. 317). La référence, qui fait office de formule magique, est à elle seule bien trop générale et, invoquée sans autre précision, pourrait mener à la non-rétroactivité de principe de tout revirement (sur le jeu de l'art. 6 § 1 en matière de rétroactivité jurisprudentielle, V. A. Debet, note sous Soc. 17 déc. 2004, RDC 2005. 871). L'Assemblée plénière apporte donc une (unique) précision à l'arrêt du 8 juillet 2004 en formulant que l'atteinte au procès équitable consisterait ici à priver « la victime de son droit d'accès au juge ». Il semble qu'il soit surtout question en l'espèce d'un « droit acquis » au juge, afin d'ôter tout doute sur la conventionnalité des différentes règles de prescription et recevabilité : ce n'est pas l'obstacle à la recevabilité en lui-même qui est contraire au procès équitable mais sa soudaine apparition en cours de procès. La solution permet d'illustrer le lien entre pouvoir créateur et rétroactivité de la jurisprudence : s'il y a privation du droit d'accès au juge, c'est parce que la jurisprudence sur la courte prescription est bien une règle nouvelle et non la découverte d'une courte prescription préexistant de manière latente au moment de l'introduction de l'action. La Cour de cassation s'en tient donc à juste titre à une justification du revirement pour l'avenir spécifique à l'espèce, propre à une règle de prescription nouvelle et puisée dans les circonstances de la cause. *A priori,* un sentiment inné de justice refuse effectivement qu'un demandeur ayant respecté les règles de prescription du temps de son action se voit déclarer irrecevable. Cependant, ce bon sentiment n'est pas nécessairement à même, à lui seul, d'autoriser le juge à déroger au cours normal de son interprétation, et ce d'autant plus que les mêmes circonstances de la cause faisaient apparaître d'autres droits et intérêts qui, pour n'avoir pas emporté la balance, n'apparaissent pas dans la décision.

Mode d'emploi et précautions d'usage

Est-ce parce qu'elle a pressenti les difficultés - ou les risques de discussion autour des intérêts favorisés - que la Cour de cassation a bouté hors de sa motivation la moindre trace de pesée des intérêts dont le communiqué révèle pourtant qu'elle a été effectuée ? La méthode de la balance des intérêts est en effet sujette à des discussions nourries car elle évalue des poids à géométrie variable. Ainsi, l'intérêt tenant à la nécessité de la conformité au droit communautaire est apprécié diversement entre l'arrêt *France Telecom* et l'arrêt *Techna SA* (V. P. Cassia, note préc.). Surtout, le poids des intérêts économiques privés va inévitablement être au coeur de tous les débats : si la concurrence sur les marchés de la télécommunications a été retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt *France Telecom,* le commissaire du gouvernement alertait contre une telle considération qui impliquerait d'admettre « qu'en matière économique votre rôle se limite à dire *ex post* le droit mais sans que cela produise d'effet rétroactif pour ne pas perturber les acteurs économiques » (cité par E. Breen ; rappr. les critiques de P. Sargos, préc.). Ces craintes semblent partiellement confortées par l'arrêt *Techna SA,* qui fait franchement peser dans la balance les contraintes de l'industrie de la nutrition animale, la protection des secrets de dosage et, surtout, la nécessité d'écouler les stocks étiquetés selon l'ancienne législation pour reporter l'effet de la décision de rejet dans le temps (V. concl comm. gouv. F. Séners). Ne pouvant avancer ainsi ces seuls intérêts particuliers, l'habillage fait état d'une atteinte à la sécurité juridique en raison d'une entrée en vigueur soudaine. Curieuse soudaineté que voilà lorsque l'on songe que les nouvelles normes d'étiquetage (prises dans un contexte de « crise de la vache folle » et répondant à des considérations de santé publique suffisantes à justifier une application immédiate) avaient été officiellement publiées en août 2003, auraient dû entrer en vigueur dès novembre 2003, et que le rejet du moyen contestant la directive communautaire était acquis depuis l'arrêt de la CJCE du 6 décembre 2005.

Les revirements pour l'avenir de la Cour de cassation font une supposée pesée qui n'est pas moins à l'abri de discussions : le procès équitable invoqué ne l'est que pour une partie, et manifeste peu d'égards pour « le plaideur qui a provoqué le revirement - on n'ose plus dire obtenu tant le justiciable se trouve réduit à l'état de cas clinique » (Ph. Théry, préc. ; P.-Y. Gautier, préc.). Par ailleurs, si la présomption d'innocence (rapport annuel, note ss 8 juill. 2004) et « la protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droits de la personnalité » (communiqué) sont mis en avant pour justifier la non-rétroactivité du revirement, ne peut-on estimer la liberté d'expression, fondement de la courte prescription en matière de presse, suffisamment impérieuse pour justifier la rétroactivité ? Selon l'avocat général, cette importance, conjuguée à la prévisibilité du revirement de 2004, devait mener à refuser une dérogation à la rétroactivité en l'espèce.

Plus généralement, Conseil d'Etat et Cour de cassation doivent résister à la tentation de la facilité qui consiste à mettre dans un plateau de la balance et à estimer suffisant un principe aussi vague qu'auréolé de toutes les vertus, dont on imagine facilement tous les effets pervers. Dans l'arrêt *Techna SA,* l'invocation du flambant neuf « principe de sécurité juridique » va suffire, à elle seule, à faire pencher la balance pourtant lourdement chargée sur l'autre plateau de l'objectif de sécurité sanitaire et l'obligation de pourvoir à la transposition d'une directive communautaire (pour les rapports entre sécurité juridique et jurisprudence, V. X. Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D. 2006. 678 ; entre sécurité juridique et dispositions transitoires, R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2005. 85 ; V. F. Moderne, préc.). La Cour de cassation semble pour sa part accorder de semblables super-pouvoirs au « droit d'accès au juge ». Pourtant, ce droit, qui vient ici justifier une modulation des effets de la jurisprudence, a été invoqué là au soutien du moyen cherchant à éviter la modulation des effets de la jurisprudence posée par la CJCE (Com. 7 juin 2006, à paraître au Bulletin ; Com. 22 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 147). Ces principes, parce qu'ils peuvent justifier tout et son contraire, ne peuvent fonder directement un pouvoir dont le juge est naturellement dépourvu. Ils peuvent seulement être mis en balance avec l'absence de principe de pouvoir modulateur du juge et appuyer une démonstration prudente de la gravité exceptionnelle en découlant.

On le voit, la balance des intérêts risque de mener à des débats sans fin opposant ceux pour qui doit primer la règle nouvelle et l'intérêt général qu'elle porte et ceux qui adoptent le point de vue de la situation particulière des parties au procès, l'approche du droit objectif ou celle du droit subjectif - et l'on sait de quel côté penche la faveur contemporaine -, l'approche économique ou humaniste (sur cette dernière opposition, V. P. Sargos). Il ne faut pas pour autant diaboliser la méthode : tout d'abord, comme toute méthode casuelle, celle-ci va s'affiner à mesure des cas, certains éléments ou certaines combinaisons apparaissant d'un poids particulier et la prévisibilité augmentera à mesure de l'expérience acquise. Ensuite, la part incompressible d'incertitude est celle induite par la souplesse de la méthode et, en la matière, mieux vaut une souplesse adaptable qu'une rigidité prédéterminée. Enfin, l'on pourrait craindre la teneur des débats destinés à accompagner ces nouveaux pouvoirs et appréciant les données économiques, sociales, si ce n'est d'équité, en

jeu. Cependant, il est également possible de voir dans l'ouverture de ces discussions une heureuse perspective (V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, La Doctrine, Dalloz, 2004).

Mots clés :
JUGEMENT * Pouvoir du juge * Effet dans le temps * Modulation